



JUSforyou



## CONCORSO 51 POSTI REFERENDARIO TAR

# JUSFORYOU TAR LA PROVA PRATICA

## LA PRIMA TRACCIA DEL CORSO TAR E RELATIVO SVOLGIMENTO

### TRACCIA

Il Comune di X indiceva una gara d'appalto per lavori di manutenzione straordinaria, da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, avvalendosi della "inversione procedimentale" di cui all' art. 107, comma 3, cod. contratti pubblici. A seguito dell'apertura delle offerte economiche e della determinazione della soglia di anomalia, mediante il calcolo elaborato dal software di gestione della procedura, si perveniva all'individuazione delle offerte escluse e di quelle non anomale. Dopo questa operazione, risultava primo in graduatoria la società Alfa.

Venivano, quindi, sottoposti alla verifica della documentazione amministrativa i primi due concorrenti in graduatoria, nonché ulteriori otto operatori economici, pari per approssimazione al 5 per cento dei partecipanti ed estratti casualmente dalla piattaforma di gestione della procedura, come previsto dal disciplinare della procedura. Il seggio di gara attivava il cosiddetto soccorso istruttorio nei confronti di otto dei concorrenti sottoposti a verifica, chiedendo di regolarizzare la documentazione. Sei concorrenti depositavano quanto richiesto e il seggio dichiarava conforme la documentazione così prodotta. Venivano, invece, esclusi i due concorrenti che non avevano fornito riscontro alla richiesta di regolarizzazione. All'esito di queste operazioni, era rinnovato il calcolo della soglia di anomalia e, per l'effetto, al primo posto della graduatoria si collocava la società Beta, alla quale veniva aggiudicata la gara.

### ITA Srl

10121 Torino - Via Brofferio, 3 - Tel. (011) 56 11 426 / 56 24 402 / 54.04.97

Telefax (011) 53.01.40 - [www.itasoi.it](http://www.itasoi.it) e-mail: [ita@itasoi.it](mailto:ita@itasoi.it)

Cod. Fisc. - Part. IVA - Iscr. Reg. Impr. di Torino C.C.I.A.A. 01593590605 - R.E.A. 976163



La società Alfa impugnava gli atti di gara sostenendo che, una volta prescelta l'inversione procedimentale, l'esito del soccorso istruttorio non avrebbe potuto incidere sulla determinazione della soglia di anomalia già effettuata. Sosteneva, inoltre, che l'aggiudicatario avrebbe dovuto essere escluso perché al momento della scadenza del termine per la presentazione della domanda non era in regola con il pagamento del contributo Anac, essendo detto pagamento intervenuto solo in corso di gara, a seguito di soccorso istruttorio disposto dal seggio di gara.

L'aggiudicatario proponeva ricorso incidentale deducendo che il ricorrente principale a sua volta avrebbe dovuto essere escluso per violazione dell'art. 67, comma 7 del Codice Appalti - - secondo cui "possono essere oggetto di avvalimento solo i requisiti maturati dal consorzio in proprio" - a motivo del fatto che essa si era avvalsa di un requisito di capacità professionale acquisito da un consorzio stabile per il tramite di una sua impresa consorziata. Deduceva, inoltre, un ulteriore profilo di illegittimità, rilevando che al ricorrente principale, che aveva beneficiato di un avvalimento premiale, relativo alla certificazione di parità di genere, era stata data la possibilità di sostituire l'ausiliario, successivamente colpito dalla perdita di un requisito di moralità. Deduceva, inoltre, che l'avvalimento non può avere ad oggetto la certificazione di parità di genere.

Il candidato rediga la motivazione della sentenza, esaminando, anche eventualmente "fuori sentenza" tutte le questioni sollevate dalla traccia.

## **SVOLGIMENTO DELLA TRACCIA**

1. Beta e Alfa hanno proposto rispettivamente ricorso principale e incidentali, entrambi contenenti censure asseritamente escludenti.

Il ricorso principale di Beta contesta anche l'applicazione del c.d. principio di invarianza della soglia in caso di inversione procedimentale e, quindi, il ricalcolo della soglia di anomalia, all'esito del quale la gara è stata aggiudicata ad Alfa.

2. Alla luce dell'indirizzo di derivazione eurounitaria, ormai recepito anche dalla giurisprudenza nazionale, sul rapporto tra ricorsi reciprocamente escludenti (secondo cui l'operatore economico che non sia stato definitivamente escluso prima della comunicazione del provvedimento di aggiudicazione conserva legittimazione e interesse, anche nelle gara con più di due partecipanti, a dolersi della mancata esclusione dell'aggiudicatario), va esaminato in via prioritaria il ricorso principale proposto da Beta, in quanto la sua infondatezza

### **ITA Srl**

10121 Torino - Via Brofferio, 3 - Tel. (011) 56 11 426 / 56 24 402 / 54.04.97

Telefax (011) 53.01.40 - [www.itasoi.it](http://www.itasoi.it) e-mail: [ita@itasoi.it](mailto:ita@itasoi.it)

Cod. Fisc. - Part. IVA - Iscr. Reg. Impr. di Torino C.C.I.A.A. 01593590605 - R.E.A. 976163



determinerebbe l'improcedibilità, per sopravvenuta carenza di interesse, del ricorso incidentale proposto dall'aggiudicatario.

3. Il ricorso principale non merita accoglimento.

3.1. La censura con cui si contesta l'applicazione del principio di invarianza della soglia è infondata, in quanto, il divieto di regresso procedimentale sotteso al principio di invarianza opera, per espressa previsione legislativa (art. 108, co. 12, d.lgs. 36/2023), solo dopo l'adozione del provvedimento di aggiudicazione, che nel caso di specie non c'era stato al momento in cui, a seguito del controllo sui requisiti di partecipazione di partecipanti (posticipato rispetto al momento di valutazione delle offerte), è stata rideterminata la soglia di anomalia.

La legittimità di tale disciplina (che era stata messa in dubbio nel caso di gara con inversione procedimentale, paventando il rischio di abusi e collusioni fra gli operatori economici) è stata confermata dalla Corte costituzionale (sentenza n. 77/2025), la quale ha individuato nella scelta legislativa di individuare nel provvedimento di aggiudicazione il momento fino al quale il procedimento può regredire un ragionevole contemperamento tra due opposte esigenze. Da un lato, la continuità e la stabilità dell'esito della gara e, dall'altro, la par condicio fra i partecipanti e il buon andamento dell'azione amministrativa. Infatti, qualora nel corso della gara con inversione procedimentale non fosse più consentita, dopo l'apertura delle offerte, la modifica della soglia di anomalia, la possibilità di selezionare la migliore offerta potrebbe risultare eccessivamente compromessa. Ciò in quanto la stazione appaltante potrebbe trovarsi costretta, nonostante la gara non si sia ancora conclusa, a mantenere ferma una graduatoria in cui sono presenti operatori economici che, non avendo dimostrato il possesso dei requisiti di partecipazione, non avrebbero potuto partecipare alla selezione e, quindi, non sarebbero stati in grado di esprimere un'offerta valida.

3.2. Il secondo motivo di ricorso, diretto a censurare la mancata esclusione per non essere l'aggiudicatario in regola con il pagamento del contributo Anac al momento della scadenza del termine per la presentazione delle domande è parimenti infondato.

Come ha precisato l'Ad. plen. n. 6/2025, invero, il pagamento del contributo Anac non è assimilabile ai requisiti di partecipazione alla gara, perché al contrario di essi (che hanno una funzione per così dire intrinseca, cioè legata alla tutela di interessi "interni" alla gara) rappresenta "condizione estrinseca" rispetto alla procedura di gara, nel senso che l'adempimento di tale obbligazione non è finalizzato, come è per i requisiti di ordine generale e speciale, ad attuare in via diretta gli

#### **ITA Srl**

10121 Torino - Via Brofferio, 3 - Tel. (011) 56 11 426 / 56 24 402 / 54.04.97

Telefax (011) 53.01.40 - [www.itasoi.it](http://www.itasoi.it) e-mail: [ita@itasoi.it](mailto:ita@itasoi.it)

Cod. Fisc. - Part. IVA - Iscr. Reg. Impr. di Torino C.C.I.A.A. 01593590605 - R.E.A. 976163



interessi pubblici della gara mediante la preventiva selezione degli operatori che possono partecipare alla gara stessa, ma è finalizzato ad attuare interessi pubblici differenti, che sono quelli di consentire, mediante questa tecnica di finanziamento, ad una Autorità indipendente di svolgere in modo più efficace le proprie funzioni relative anche alla vigilanza nel settore in esame.

Per il pagamento contributo Anac non opera, quindi, il limite temporale costituito dalla scadenza del termine per la presentazione delle offerte.

Ne consegue che, da un lato, deve essere consentito l'adempimento tardivo fino all'inizio della fase di valutazione delle offerte - e non oltre questo momento - "a pena di ammissibilità" dell'offerta stessa, e, dall'altro lato, la stazione appaltante, una volta aperta la busta contenente la documentazione amministrativa e accertata la mancanza della prova dell'avvenuto pagamento del contributo, deve assegnare un termine all'operatore economico per effettuare il pagamento e, qualora l'adempimento non avvenga entro il termine assegnato, deve disporre l'esclusione dalla procedura di gara.

Il sistema è costruito, pertanto, in modo tale che vi è il divieto legale di valutazione dell'offerta, in assenza della prova dell'avvenuto pagamento di quanto dovuto, sicché - qualora il singolo partecipante non dimostri (avendone il relativo onere) di avere adempiuto, nei modi e tempi sopra indicati, l'obbligazione in esame - la stazione appaltante non deve valutare la sua offerta, che viene senz'altro esclusa.

4. Il rigetto del ricorso principale determina l'improcedibilità del ricorso incidentale per sopravvenuta carenza di interesse.

5. La complessità della controversia e la parziale novità delle questioni esaminate giustifica la compensazione delle spese di lite.

P.Q.M.

Respinge il ricorso principale e dichiara improcedibile il ricorso incidentale.

Spese compensate.

Ordina che la presente decisione sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in..., nella camera di consiglio del..., con l'intervento dei seguenti magistrati..



In ordine al ricorso incidentale si osserva (fuori sentenza) quanto segue.

In ordine alla prima censura, va rilevato che il divieto di avvalimento a cascata serve a evitare che l'impresa ausiliaria, priva del requisito che intende mettere a disposizione del concorrente ausiliato, lo acquisisca a sua volta mediante avvalimento da altro soggetto.

In altri termini si verifica il cd. avvalimento a cascata quando l'impresa ausiliaria non possiede il requisito che si obbliga a prestare all'impresa ausiliata e ricorre essa stessa all'avvalimento per ottenerne il prestito del medesimo da altra impresa (da un soggetto terzo).

Tuttavia, nel caso in cui l'impresa ausiliaria sia un consorzio stabile che mette a disposizione del concorrente ausiliato un requisito della propria consorziata, non ci si trova di fronte al caso di chi acquisisce il requisito che presta da un soggetto terzo, non essendo l'impresa consorziata un soggetto terzo rispetto al consorzio stabile di cui fa parte.

Se un Consorzio stabile può eseguire le prestazioni o in proprio o tramite i consorziati indicati in sede di gara senza che ciò costituisca subappalto, ugualmente, può prestare (mediante avvalimento) i requisiti speciali che siano stati oggetto di conferimento da parte delle proprie consorziate e che siano da esso posseduti in proprio e comprovati dal rilascio in favore del medesimo dell'attestazione SOA.

Il Consorzio stabile – per la sua stessa natura - soggetto giuridico autonomo, costituito in forma collettiva e con causa mutualistica” che opera in base a uno stabile rapporto organico con le imprese associate - si può giovare, senza necessità di ricorrere all'avvalimento, dei requisiti di idoneità tecnica e finanziaria delle consorziate stesse, secondo il criterio del cumulo alla rinfusa (Consiglio di Stato sez. V, 8 gennaio 2024, n. 266).

Concludendo, la disposizione ( art. 67 comma 7) del Codice dei contratti pubblici, nel disporre che possono essere oggetto di avvalimento solo i requisiti maturati dallo stesso consorzio, non limita affatto l'avvalimento ai soli requisiti maturati dal consorzio “in proprio”, potendo essere oggetto di avvalimento anche i requisiti delle consorziate ( di cui si può giovare senza che ciò integri avvalimento).

Per quanto la seconda censura, si osserva, in primo luogo, che l'eventuale inammissibilità dell'avvalimento della certificazione della parità di genere non avrebbe comunque effetto escludente, venendo

#### **ITA Srl**

10121 Torino - Via Brofferio, 3 - Tel. (011) 56 11 426 / 56 24 402 / 54.04.97

Telefax (011) 53.01.40 - [www.itasoi.it](http://www.itasoi.it) e-mail: [ita@itasoi.it](mailto:ita@itasoi.it)

Cod. Fisc. - Part. IVA - Iscr. Reg. Impr. di Torino C.C.I.A.A. 01593590605 - R.E.A. 976163



nella specie in rilievo un avvaliemnto premiale (finalizzato solo ad ottenere un maggior punteggio nella valutazione dell'offerta) e non un avvalimento finalizzato a conseguire i requisiti di partecipazione alla gara. Pertanto, se pure si accogliesse la tesi secondo cui la certificazione di parità di genere non può essere oggetto di avvalimento, l'unico effetto sarebbe una riduzione del punteggio del ricorrente principale e non la sua esclusione dalla gara. Sotto questo profilo, quindi, il motivo è inammissibile per difetto di interesse.

Nel merito, il motivo è comunque infondato, in quanto merita condivisione l'indirizzo, recentemente espresso dal Consiglio di Stato, secondo cui la certificazione di parità di genere, non diversamente dalle certificazioni di qualità, può essere oggetto di avvalimento.

Anzitutto, occorre muovere dalla constatazione che l'avvalimento è istituto di ascendenza eurounitaria tradizionalmente ispirato, in un'ottica pro-concorrenziale, al favor participationis e, quindi, a consentire l'ampliamento della platea dei potenziali concorrenti alla procedura.

Va, tuttavia, evidenziato che, superando le perplessità manifestate in precedenza da una parte della giurisprudenza e della dottrina, il nuovo Codice dei Contratti Pubblici (d.lgs. n. 36 del 2023) ha operato un "cambio di impostazione" spostando l'asse della sua disciplina e ricomprendendo "nell'ambito dell'avvalimento anche quella particolare figura indicata come avvalimento c.d. premiale, in cui il prestito delle risorse è diretto ad ottenere un punteggio più elevato e non invece il prestito dei requisiti di capacità mancanti" (così la Relazione di accompagnamento al Codice, pag. 153).

Come è stato notato, ciò ha determinato la "liberalizzazione" dell'avvalimento c.d. "premierale" anche nella sua versione c.d. "pura" (e non, invece, solo "mista" e, cioè, relativa a risorse che sono comunque effettivamente prestate per integrare i requisiti ma che poi vanno anche a "qualificare" in termini qualitativi l'offerta – Cons. Stato, sez. V, 17/09/2021, n.6347), ossia del "prestito" di dotazioni e risorse da parte di un'impresa ("ausiliaria") a favore di altro operatore economico che partecipa a una procedura di affidamento di un contratto pubblico, operato al fine di consentire a quest'ultimo – come oggi recita l'articolo 104 del nuovo codice – di "migliorare la propria offerta".

A ciò è stato condivisibilmente aggiunto che l'avvalimento cd. "premierale" risulta dotato di un'"autonoma funzione pro-concorrenziale", qualitativamente distinta rispetto all'avvalimento partecipativo, e che consiste, in maniera non dissimile a quanto accade per altri istituti (tra cui in primis le forme di partecipazione aggregata alla procedura- R.T.I., consorzi), nella possibilità per l'operatore economico di accrescere la

#### **ITA Srl**

10121 Torino - Via Brofferio, 3 - Tel. (011) 56 11 426 / 56 24 402 / 54.04.97

Telefax (011) 53.01.40 - [www.itasoi.it](http://www.itasoi.it) e-mail: [ita@itasoi.it](mailto:ita@itasoi.it)

Cod. Fisc. - Part. IVA - Iscr. Reg. Impr. di Torino C.C.I.A.A. 01593590605 - R.E.A. 976163



qualità tecnica della propria offerta, rendendola più idonea a conseguire l'aggiudicazione al fine di ottenere maggiore spazio sul mercato ed incrementare la propria efficienza produttiva e i propri livelli di redditività.

Ebbene, in questa ottica, costituendo l'avvalimento anche nella sua versione "premiale", istituto servente alla realizzazione del fondamentale principio di matrice eurounitaria della concorrenza (art. 3 del nuovo Codice dei Contratti Pubblici, Considerando 1 alla Direttiva 2014/24/UE DEL Parlamento Europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014), i giudici nazionali sono tenuti a prediligere, in sede interpretativa, anche al fine di garantire il cd. "effetto utile", le soluzioni ermeneutiche che ne consentano l'operatività o che, comunque, ne assicurino il più vasto campo di applicazione. Del resto, venendo al quadro normativo nazionale, l'art. 104 del d.lgs. n. 36 del 2023 (e di riflesso la lex specialis di gara che di questo, come prima osservato, è sostanzialmente riprodotto) ammettono in generale il ricorso all'avvalimento cd. "premiale" prevedendo solo taluni specifici e puntuali limiti (si veda, ad esempio il comma 10 dell'art. 104 del d.lg. n. 36 del 2023) all'operatività dell'istituto dell'avvalimento tout court inteso, i quali, avendo natura eccezionale, vanno letti ex art. 14 disp. prel. cc. in chiave necessariamente restrittiva.

Ne discende che fuori dall'ambito dei requisiti generali (corrispondenti alle cause di esclusione) di cui agli artt. 94 e 95, che riguardano per così dire l'imprenditore quale soggetto, e di detti casi tipizzati di requisiti riguardanti l'impresa, in cui testualmente non rientra quello delle certificazioni della parità di genere di cui all'articolo 46-bis del d.lgs. n. 198 del 2006, va per, converso, sempre ammesso il ricorso all'istituto dell'avvalimento, sia esso di tipo "partecipativo" ovvero "premiale".

Sotto altro profilo, va poi osservato che il ricorso all'avvalimento è stato espressamente ammesso dalla giurisprudenza in relazione alle certificazioni di qualità, genus al quale è sostanzialmente riconducibile anche la certificazione della parità di genere di cui all'articolo 46-bis del d.lgs. n. 198 del 2006.

Per quanto concerne, infine, la possibilità di sostituzione dell'ausiliario in caso di avvalimento premiale, il motivo formulato nel ricorso incidentale appare, invece, fondato. L'art. 104, co. 6, secondo periodo, del Codice, nel contemplare la possibilità di sostituzione dell'ausiliaria, (anche in ragione del suo letterale tenore) debba essere applicato nel solco del contesto normativo e giurisprudenziale quale delineato dalla Direttiva 2014/24/UE e dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia, che non contemplano l'applicazione del meccanismo sostitutivo all'avvalimento premiale. Ove si aderisse a una diversa soluzione, si consentirebbe al

#### **ITA Srl**

10121 Torino - Via Brofferio, 3 - Tel. (011) 56 11 426 / 56 24 402 / 54.04.97

Telefax (011) 53.01.40 - [www.itasoi.it](http://www.itasoi.it) e-mail: [ita@itasoi.it](mailto:ita@itasoi.it)

Cod. Fisc. - Part. IVA - Iscr. Reg. Impr. di Torino C.C.I.A.A. 01593590605 - R.E.A. 976163



concorrente di produrre un'altra offerta, e quindi, in definitiva, di sanare l'irregolarità dell'offerta (in parte qua), con evidente frustrazione dei principi di par condicio e autoresponsabilità, che ostano alla modifica postuma dell'offerta. In effetti, il concorrente che abbia "speso" in gara una certificazione rilasciata all'ausiliaria si ritroverebbe- in caso di mera invalidità della certificazione- argomentando nel senso della possibilità della sostituzione, in una condizione di maggior favore rispetto al concorrente che, magari per le difficoltà incontrate nel reperimento- non abbia presentato affatto offerta per quel determinato parametro di valutazione. Inoltre, non può essere dimenticato che, nell'argomentazione palesata dalla CGUE nella summenzionata pronuncia, l'ammissibilità della sostituzione (nell'avvalimento qualificatorio) è giustificata dall'applicazione del principio di proporzionalità, nella misura in cui il concorrente non dispone di mezzi per verificare adeguatamente la correttezza della dichiarazione resa dall'ausiliaria.

**ITA Srl**

10121 Torino - Via Brofferio, 3 - Tel. (011) 56 11 426 / 56 24 402 / 54.04.97

Telefax (011) 53.01.40 - [www.itasoi.it](http://www.itasoi.it) e-mail: [ita@itasoi.it](mailto:ita@itasoi.it)

Cod. Fisc. - Part. IVA - Iscr. Reg. Impr. di Torino C.C.I.A.A. 01593590605 - R.E.A. 976163